Radicación: 66001-31-05-004-2021-00172-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Blanca Inés Orjuela Díaz

Demandado: Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrado: **Julio César Salazar Muñoz**

Pereira, ocho [08] de junio de dos mil veintidós [2022].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida el día 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, debió ser confirmada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problema jurídico, si:

**1. ¿Se dan los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional, para analizar si es posible tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez?**

**2. A partir de la sentencia SL2358 de 25 de enero de 2017 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ¿Cómo debe aplicarse el principio de la condición más beneficiosa en tránsito normativo entre la ley 100 de 1993 y la ley 860 de 2003?**

**3. Conforme con las respuestas dadas a los cuestionamientos anteriores ¿Hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda?**

Con el propósito de dar solución a tales interrogantes, propuse en mi ponencia tener en cuenta los siguientes aspectos jurídicos:

**“1. PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CON OCASIÓN DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERARIVAS Y PROGRESIVAS.**

En sentencia SL3275 de 14 de agosto de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia rememoró lo expuesto en sentencia SU588 de 2016, en la que la Corte Constitucional expresó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben analizar las condiciones médicas y particulares del afiliado con el fin de establecer el punto de partida para realizar el conteo de los aportes exigidos por la ley para efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez, correspondiéndoles verificar los siguientes puntos:

“(i) **que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/ o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 arios anteriores a la fecha de estructuración**. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.”.(Negrillas fuera de texto).

**2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Prevé el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable.

En ese sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, por medio de la cual declaró exequible la referenciada norma, manifestó que la Corte Suprema de Justicia como juez de casación se le ha encomendado el deber de unificar la jurisprudencia nacional en la jurisdiccional ordinaria, situación que lleva a la propia Corte y a los jueces de esa jurisdicción a no apartarse por su sola voluntad de la jurisprudencia que sobre un mismo tema ha construido el alto tribunal, pues precisamente la razón de su existencia es diseñar el orden que garantice la igualdad; lo que implica que, para apartarse de la doctrina probable, los jueces están obligados a tener unas superiores razones jurídicas que pongan en evidencia la equivocación del razonamiento que viene aplicando la respectiva Sala de Casación.

Con tal premisa puesta de presente, para el asunto que aquí debe decidirse, la Sala de Casación Laboral a partir de la sentencia SL4650 de 28 de enero de 2017 radicación Nº45262, reiterada en las sentencias SL11745 de 1º de agosto de 2017, SL12555 de 16 de agosto de 2017 y SL17986 de 1º de noviembre de 2017, sentó su posición frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en los casos en que la muerte o la invalidez se produce en vigencia de las leyes 797 y 860 de 2003, concluyendo que solo es viable dar paso a la aplicación de la Ley 100 de 1993 en su estado original cuando el evento (muerte o invalidez) se produzca dentro de los tres años siguientes a la fecha de expedición de las mencionadas leyes 797 y 860 de 2003; postura que explicó en los siguientes términos:

“Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”.

Así las cosas, al haber proferido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia más de tres decisiones en ese sentido como órgano unificador de la jurisprudencia nacional en la jurisdiccional ordinaria, esta Sala de Decisión acoge esa postura como doctrina probable, y en consecuencia para que sea viable la aplicación de la Ley 100 de 1993 cuando la muerte o la invalidez del afiliado se produzca en vigencia de las Leyes 797 y 860 de 2003 respectivamente, tales eventos deben haberse ocasionado dentro de los tres años siguientes a su vigencia; sin que sea dable en este tipo de eventos dar paso a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues como lo ha sostenido pacíficamente el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, no es posible efectuar un rastreo histórico para ver cuál de las normas pretéritas que eventualmente han regulado esas situaciones se adecua a los intereses de cada afiliado, en consideración a que ese fenómeno ultractivo de la norma no es factible que se predique de otras diferentes a la inmediatamente anterior, en aplicación precisamente del principio de la condición más beneficiosa; postura ésta que recordó en la sentencia SL16886 de 11 de noviembre de 2015 radicación Nº54093.”

Partiendo de tal soporte jurídico y con base en las pruebas allegadas, **EL CASO CONCRETO** propuse resolverlo como sigue:

“Conforme se aprecia en el dictamen N°20956314-27180 de 13 de agosto de 2020 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez -págs.67 a 76 archivo “demanda” carpeta primera instancia-, probado se encuentra que la señora Blanca Inés Orjuela Díaz fue calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 59.09% de origen común y estructurada el 20 de julio de 2006.

Ahora, para que resulte posible estudiar la viabilidad de tener en cuenta o no la densidad de cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez, como lo solicita la parte actora, necesario es que las enfermedades que generaron esa pérdida de la capacidad laboral del 59.09% sean de aquellas denominadas como crónicas, degenerativas o progresivas, como lo establece la jurisprudencia constitucional.

En ese aspecto, al verificar la información contenida en el referido dictamen, se evidencia que las enfermedades que le produjeron a la demandante la invalidez del 59.09% fueron hipotiroidismo no especificado e hipoacusia neurosensorial bilateral; especificándose que, a pesar de ser enfermedades de alto costo, **no son patologías degenerativas, ni progresivas**; por lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, al no tratarse de enfermedades de ese tipo, esto es, degenerativas, progresivas y crónicas, no resulta posible estudiar si las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la demandante, 20 de julio de 2006, se realizaron como producto de su capacidad laboral residual.

Pero, si en gracia de discusión se pasara por alto tal situación y se tratara de enfermedades con las características definidas por la jurisprudencia constitucional (crónicas, degenerativas y progresivas), tampoco sería posible validar las semanas cotizadas con posterioridad al 20 de julio de 2006, como pasa a explicarse.

Como se aprecia en la historia laboral allegada por Colpensiones – subcarpeta 07 carpeta primera instancia-, la accionante tiene cotizadas, entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de julio de 2018, un total de 127,29 semanas al régimen de prima media con prestación definida, especificándose que entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de enero de 1997 se reportaron cotizaciones por parte de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Bogotá, no habiendo cotizaciones a ese régimen pensional entre el 1° de febrero de 1997 y el 30 de septiembre de 2016, ya que a partir del 1° de octubre de 2016 y hasta el 31 de julio de 2018 la demandante realiza cotizaciones a través del régimen subsidiado en pensiones que suman 72,85 semanas.

Para que esas 72,85 semanas de cotización realizadas por la demandante a través del régimen subsidiado en pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez pudieran ser validadas a efectos de acceder al derecho pensional solicitado, indispensable era que, como lo exige la jurisprudencia constitucional, la parte actora acreditara que esos aportes fueron realizados en virtud a una capacidad laboral residual; sin embargo, al proceso no fueron allegadas pruebas (documentales ni testimoniales) que dieran fe de ello, pues lo expuesto en la demanda consistente en que esos aportes se realizaron como producto de las actividades desempañadas por la accionante en oficios varios, no encontraron respaldo probatorio.

Es que realmente esas cotizaciones efectuadas por la demandante después del 20 de julio de 2006 a través del régimen subsidiado en pensiones no fueron consignadas como producto de una real capacidad residual de la señora Blanca Inés Orjuela Díaz, como se asegura en la demanda, pues precisamente la accionante, en la valoración efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez **el 13 de agosto de 2020**, informó que ella había laborado como secretaria realizando actividades de oficina en Secretaría de Hacienda de Bogotá, habiendo dejado de trabajar hace trece años aproximadamente; lo que demuestra que las 72,85 semanas de cotización realizadas entre **el 1° de octubre de 2016 y el 31 de julio de 2018**, no se produjeron con ocasión de la capacidad laboral residual de la señora Orjuela Díaz; razón por la que no era posible tenerlas en cuenta a efectos de reconocer la pensión de invalidez.

Así las cosas, al no tener 50 semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez el 20 de julio de 2006, ya que en ese periodo no reporta cotizaciones, no tiene derecho la accionante a que se le reconozca la pensión de invalidez bajo los presupuestos de la ley 860 de 2003; sin que sea posible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa en la forma establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en consideración a que la estructuración de la invalidez no se presentó entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

En el anterior orden de ideas, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 19 de noviembre de 2021.”

Como puede verse mi posición jurídica y apreciación fáctica del caso difiere totalmente de la expuesta en la sentencia por la mayoría y es por eso que salvó mi voto, como acá queda hecho, toda vez que, itero, la sentencia de primera instancia debió ser confirmada.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado